

جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعرييج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في القانون المدني الجزائري

—أحكام الالتزام—

من إعداد الأستاذة ديرم سومية

السداسي الرابع

المجموعة الرابعة

2022/2021

موضوع الدراسة

النظرية العامة للالتزام = دراسة الالتزام من أول ما ينشأ إلى أن ينقضي.



الجزء الثاني من نظرية الالتزام هو أحكام الالتزام، والذي نظمته المشرع الجزائري في المواد من 160 إلى 322 ق م. ويتضمن المواضيع التالية:

- 1- تنفيذ الالتزام - أثره (التنفيذ العيني للالتزام، التنفيذ عن طريق التعويض)
- 2- أوصاف الالتزام (الشرط والأجل، الالتزام التخييري، الالتزام البدلي، التضامن الايجابي والتضامن السلبي)
- 3- انتقال الالتزام (حوالة الحق، حوالة الدين)
- 4- انقضاء الالتزام (عن طريق الوفاء، عن طريق ما يعادل الوفاء، انقضاء الالتزام دون وفاء)

المحور الأول: أثر الالتزام

أثر العقد ← هو إنشاء الالتزام (العقد أحد مصادر الالتزام)

مثال: اشترى شخص هاتف، فيقع عليه التزام بدفع الثمن، ويقع على البائع التزام بتسليم الهاتف المتفق عليه (التزامات ناشئة عن عقد البيع).

أثر الالتزام ← هو وجوب تنفيذه (أيًا كان مصدر الالتزام)

فالالتزام ينشأ لينفذ شاء المدين (تنفيذ اختياري) أم لم يشأ (تنفيذ جبري)، حيث يمكن للدائن أن يجبره على التنفيذ إن امتنع، وهذا هو أثر الالتزام.

- أمثلة: - في الوعد بجائزة، على الواعد الوفاء بالتزامه بأن يقدم الجائزة لمن وعده.
- في الالتزام بالامتناع عن الإضرار بالغير: على كل شخص أن يلتزم بعدم الإضرار بغيره.
- في عقد الهبة: على الواهب تنفيذ التزامه بتسليم الشيء الموهوب.

التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري للالتزام

□ التنفيذ الاختياري للالتزام:

وهو الأصل. فالوضع العادي لسير الأمور أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعية وعن اختيار، وهذا ما يسمى **بالوفاء** الذي ينقضي به الالتزام.

التنفيذ الاختياري نوعان
 ← التنفيذ الاختياري العيني
 ← التنفيذ الاختياري بمقابل

1- التنفيذ الاختياري العيني للالتزام: الأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به .

فالبائع ملتزم بتسليم المبيع، والطبيب ملتزم بإجراء العملية الجراحية المتفق عليها، ولاعب كرة القدم ملتزم بلعب المباراة، والجار ملتزم بعدم الإضرار بجاره، والتاجر ملتزم بعدم المنافسة غير المشروعة...

2- التنفيذ الاختياري بطريق التعويض وهو الاستثناء. حيث تنص م 285 ق م "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق، قام هذا مقام الوفاء".

فيمكن أن يقبل المشتري شيئا آخر بدل المبيع محل العقد، أو يقبل بمبلغ مادي بدل الالتزام المتفق عليه... وينقضي الالتزام بذلك.

□ التنفيذ الجبري للالتزام:

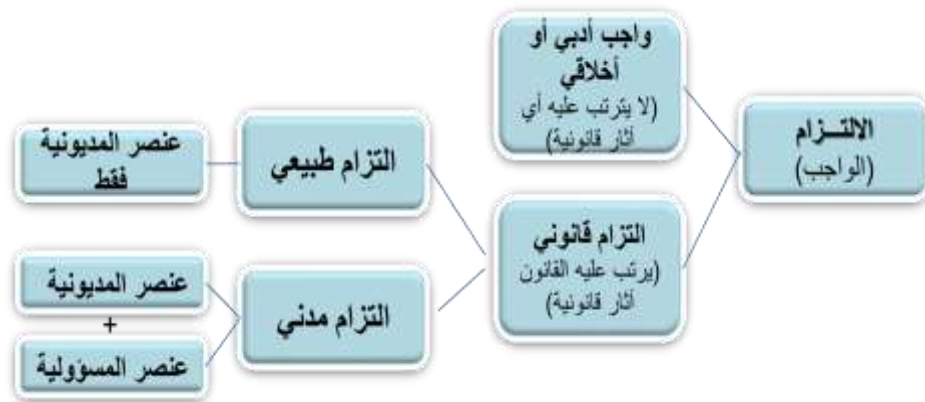
عند امتناع المدين عن التنفيذ يمكن جبره عن طريق السلطة العامة.

التنفيذ الجبري نوعان
 ← التنفيذ الجبري العيني
 ← التنفيذ الجبري بمقابل

-الأصل أن يُجبر الدائن المدين الممتنع على تنفيذ الالتزام عيناً. وتختلف طريقة الجبر بحسب موضوع الالتزام ما إن كان قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء. (أنظر ما سيأتي شرحه بعنوان موضوع التنفيذ العيني)

-الاستثناء هو التنفيذ بمقابل، فقد لا يحكم على المدين بالتنفيذ العيني بل بالتعويض. مثال ذلك استحالة التنفيذ العيني للالتزام بسبب المدين، ففي هذه الحالة لا يبقى للدائن سوى المطالبة بالتعويض.

الالتزام المدني والالتزام الطبيعي



❖ **الالتزام المدني:** هو واجب قانوني يقع على عاتق المدين، وبمقتضاه يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء بهذا الالتزام.

وبالتالي فهو التزام كامل فيه عنصري المديونية والمسؤولية ويحظى بالحماية القانونية. ويقصد بعنصري المديونية والمسؤولية:

* **عنصر المديونية** = ذمة المدين مشغولة بدين معين ينبغي الوفاء به.

* **عنصر المسؤولية** = يمكن للدائن إجبار المدين قانوناً على الوفاء.

ويختلف الالتزام المدني عن الالتزام الطبيعي الذي يعتبر التزام ناقص يفتقر إلى عنصر المسؤولية ولا يمكن جبر

المدين على الوفاء به. فالقانون إذن يضع السلطة العامة في خدمة الدائن لتنفيذ التزامه المدني جبراً على المدين.

أمثلة عن الالتزام المدني:

- التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام مدني مصدره العقد، فالمشتري مدين بدفع الثمن بموجب عقد البيع = عنصر المديونية. ويمكن إجبار المشتري على الوفاء بالتزامه عن طريق اللجوء للقضاء والتنفيذ على أمواله = عنصر المسؤولية.

- التزام الأب بالإففاق على أولاده هو التزام مدني مصدره القانون. فالأب مدين بالإففاق على أبنائه م 75 ق أسرة = عنصر المديونية. كما يمكن إجبار الأب على دفع النفقة عن طريق القضاء = عنصر المسؤولية.

❖ **الالتزام الطبيعي** نصت عليه المواد من م 160 - 163 ق م

المادة 160 ق م: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به.

غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً."

حسب نص هذه المادة فإنه لا يمكن إجبار المدين على تنفيذ الالتزام الطبيعي أو الوفاء به، وهذا ما يميّزه عن الالتزام المدني الذي يكون فيه المدين ملزم قانوناً بتنفيذ التزامه.

تعريف الالتزام الطبيعي: هو دين حقيقي في ذمة المدين، لكن الدائن لا يمكنه إجباره على الوفاء به.

وبالتالي هو التزام قانوني ناقص افتقر إلى عنصر المسؤولية. فالالتزام الطبيعي هو واجب أدبي أو أخلاقي ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعي فرتب عليه القانون بعض الآثار القانونية، لكن دون أن يرقى إلى مرتبة الالتزام المدني.

أمثلة عن الالتزام الطبيعي:

مثال 1 - التزام المدين بدفع دين تقادم هو التزام طبيعي:

يترتب على التقادم انقضاء الالتزام المدني، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي م 320 ق م = عنصر المديونية.

لكن هل يمكن للدائن اللجوء للقضاء لإجبار المدين على الوفاء في هذه الحالة؟

لا، فقد انقضى الالتزام المدني بالتقادم = لا وجود لعنصر المسؤولية، فالمدين الذي انقضى التزامه لا يجبر على التنفيذ لأن التزامه طبيعي.

مثال 2 - التزام الأب بتجهيز ابنته للزواج هو التزام طبيعي:

الأب ملتزم أدبياً بتجهيز ابنته للزواج وذلك بموجب العرف والأخلاق = عنصر المديونية.

لكن هل هو ملزم قانوناً بذلك؟ لا، فلا يمكن للبنات اللجوء للقضاء لإجبار والدها على تجهيزها للزواج،

لأن ذلك لا يدخل ضمن الالتزام بالنفقة المنصوص عليه في م 78 ق أسرة = لا وجود لعنصر المسؤولية،

فالمدين لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً.

مصادر الالتزام الطبيعي:

م 161 ق م "يقدر القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وعلى أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام"

حسب نص هذه المادة فإن للالتزام الطبيعي مصدران: نص القانون والقاضي.

1- نص القانون:

مثال: م 320 ق م " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي ... "

2- القاضي:

إذا لم يوجد نص في القانون، فإنَّ القاضي هو الذي يقرّر وجود الالتزام الطبيعي بالاعتماد على مجموعة من الضوابط والشروط، وهي:

1. وجود واجب أدبي قابل للتنفيذ (العنصر المادي) يرقى في وعي الجماعة إلى منزلة الالتزام الطبيعي. (العنصر المعنوي)

2- أن يقصد المدين إلزام نفسه أثناء الوفاء بالدين أو التعهد به رغم علمه بأنه غير ملزم بذلك م 143 ق م، و م 162 ق م، أما إذا اعتقد المدين أنه يوفي بالالتزام مدني بينما هو يوفي بالالتزام طبيعي، فيجوز له استرداد ما وفى به عن طريق دعوى استرداد غير المستحق.

3- ألا يتعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام والآداب العامة. م 161 ق م كالوفاء بديون ناشئة عن القمار. فهنا لا مجال للكلام عن التزام طبيعي، وبالتالي يمكن الاسترداد لمخالفة الوفاء للنظام العام. أو كشخص دفع دين بعد التقادم مع الفوائد، فلا يمكنه استرداد الدين الذي وفى به لكن يمكنه استرداد الفوائد لمخافة النظام العام.

آثار الالتزام الطبيعي

رغم أنه لا يمكن إجبار المدين على الوفاء بالالتزام بطبيعي، لخلوّه من عنصر المسؤولية، إلا أنّ المشرّع يعترف للالتزام الطبيعي ببعض الآثار القانونية، لكن هذه الآثار مرهونة بإرادة المدين وحده، التي تظهر إمّا في صورة وفاء أو في صورة تعهّد بالوفاء:

1- الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي م 162 ق م

إذا وقيّ المدين بالالتزام الطبيعي باختياره فلا يستطيع أن يستردّ ما أداه. فالوفاء بالالتزام طبيعي لا يعتبر تبرعا بل وفاء للالتزام قائم في ذمة المدين، وبالتالي لا يخضع لأحكام التبرّع من حيث استطاعة الرجوع، إلا أنّه في التشريع الجزائري لا يمكن الرجوع عن الهبة إلا في حالة واحدة هي حالة الأبوين بالنسبة لأبنائهم م 211 ق أسرة، وهذا على العكس ما ورد في القانون المصري الذي يسمح بالرجوع في الهبة واسترداد الشيء الموهوب في عدة حالات محدّدة حصرا (م 500 و 501 و 502 مدني مصري).

مثال: إذا جهّز الأب ابنته للزواج، هل يستطيع أن يسترد ما أعطاه إياها بحجّة أنّه غير ملزم قانونا بتجهيزها؟
رغم أنّ الأصل أنّه يمكن للأبوين الرجوع في الهبة الممنوحة لأبنائهم حسب الفقرة الأولى من م 211 ق أسرة، إلا أنّه وفقا لنفس المادة إذا كانت الهبة من أجل زواج الابن فلا يمكن استردادها. وكذلك الحال إذا كانت الهبة لضمان قرض أو دين أو كان الموهوب له قد تصرّف فيها ببيع أو تبرّع أو أدخل على الشيء الموهوب ما من شأنه أن يغيّر طبيعته، ففي هذه الحالات الثلاث ليس للأبوين الرجوع في الهبة.

2- التعهّد بالوفاء بالالتزام الطبيعي سبب لإنشاء التزام مدني م 163 ق م

ينقلب الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا تعهّد المدين بالوفاء به عن يئنة واختيار، حيث يمكن للدائن الاستناد إلى هذا التعهّد لإجبار المدين على التنفيذ، كما لو تعهّد الأب بتجهيز ابنته للزواج ببلغ معين مثلا، فيكون ملزما بالوفاء بتعهّده ويمكن إجباره على ذلك.

لكن مجرّد الاعتراف بالالتزام الطبيعي لا أثر له من حيث تحويله لالتزام مدني. فاعتراف المدين بالدين بعد التقادم لا يعد تعهّدا، وإذا قام المدين، الذي وقيّ بجزء من دينه بعد الصلح مع الدائن، بالاعتراف بانشغال ذمته بالمتبقي من الدين، لا يعد تعهّدا وبالتالي لا يجبر على الوفاء به.

ويقع على قاضي الموضوع استخلاص نية المدين من الوقائع، ما إذا كان المدين قصد الاعتراف أو التعهد (الوعد).

خلاصة

الالتزام المدني	الالتزام الطبيعي	
كلاهما التزام قانوني فيه عنصر المديونية		
الالتزام المدني فيه عنصري المديونية والمسؤولية	الالتزام الطبيعي فيه عنصر المديونية دون المسؤولية	من حيث العناصر
الالتزام المدني له 5 مصادر 1- القانون 2- العقد 3- الإرادة المنفردة 4- الفعل الضار 5- الفعل النافع	الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتقى وأصبح التزام طبيعى، ومصدره يكون إما : 1- نص الق صراحة على أن هذا الالتزام طبيعى مثال م 320 ق م 2- أو يحدد القاضي عند عدم وجود النص ما إذا كان هذا الواجب التزاما طبيعيا م 161 ق م	من حيث المصدر
الأصل هو التنفيذ الاختياري لكن إذا امتنع المدين عن الوفاء به يمكن إجباره على الوفاء لأن حق الدائن يحميه الق.	تنفيذ الالتزام الطبيعي متروك للإرادة الحرة لصاحبه دون تدخل السلطة القضائية بالتنفيذ الجبري، فلا يمكن جبره على الوفاء. لكن إذا وفى به مختارا لا يمكنه استرداده وإذا تعهد به أصبح سببا لالتزام مدني.	من حيث الأثر

التنفيذ العيني الجبري للالتزام

م 176 ق م " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه.. "

التنفيذ العيني: هو أداء عين أو ذات ما التزم به المدين لا شيئا اخر. وهو الأصل.

كالالتزام المدين بتسليم سيارة، فعليه تسليم ذات السيارة لا شيئا اخر بدلا عنها، وإنجاز المفاوض للعمل الذي طلب منه، وكامتناع الشخص عن إلحاق الأذى بالغير.

□ الأصل ← التنفيذ العيني للالتزام

□ الاستثناء ← التنفيذ بمقابل (التعويض)

فإذا طالب الدائن بالتعويض دون التنفيذ العيني ولم يعرض المدين التنفيذ العيني = حكم القاضي بالتعويض.

أما إذا طلب الدائن التعويض وعرض المدين التنفيذ العيني = حكم القاضي بالتنفيذ العيني لأنه هو الأصل.

شروط التنفيذ العيني الجبري للالتزام

م 164 ق م" يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكناً"

يشترط في التنفيذ العيني : الاعذار والإمكان

أولاً- شرط إعدار المدين م 164، 179، 180، 181 ق م

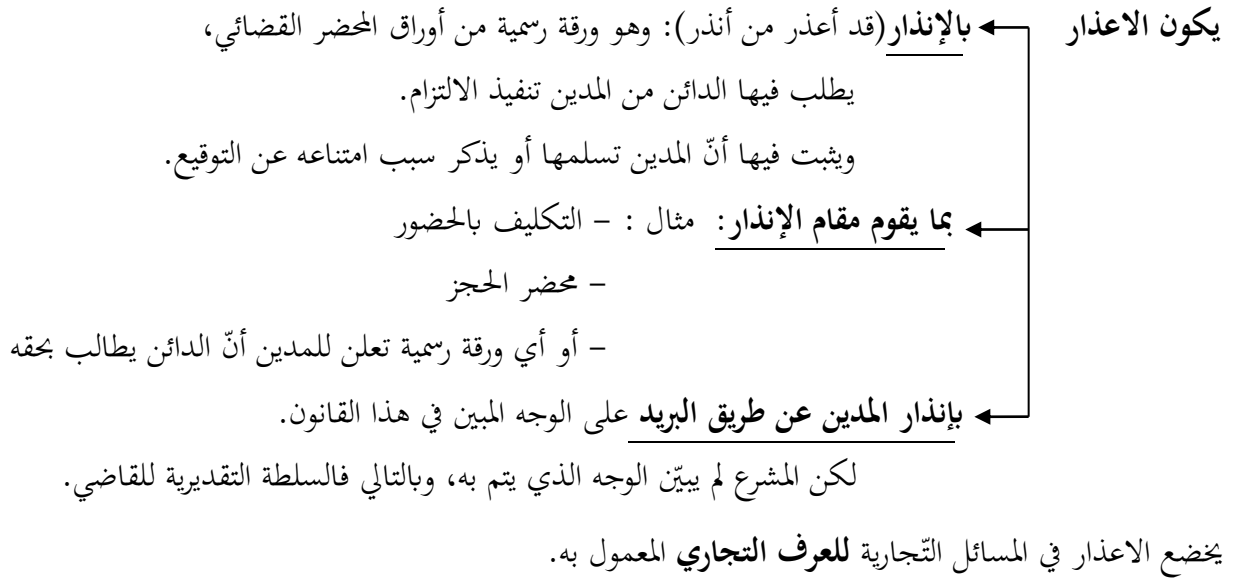
الإعذار هو تنبيه بالوفاء، حيث يهدف إلى إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء. وهو شرط في التنفيذ العيني وفي التنفيذ بمقابل -التعويض-

الهدف من الإعذار :

- وضع المدين في حالة المتأخر عن الوفاء، فكل تأخير عن التنفيذ يستوجب التعويض.
 - حتى لا يفهم المدين من عدم مطالبة الدائن بعد حلول الأجل أنّ الدائن تسامح في التأخير أو عدم التنفيذ.
 - الدين مطلوب وليس محمول.
- بالرغم من ذلك، فإنّ بعض القوانين الجرمانية واللاتينية تراجعت عن فكرة الاعذار واعتبرت أنّ مجرّد حلول الأجل كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة للاعذار، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسؤولاً عن التعويض. (ق ألماني، ق سويسري، ق نمساوي، ق برتغالي...)

هل الاعذار من النظام العام ؟

الاعذار ليس من النظام العام، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على أن يكون الاعذار بورقة غير رسمية أو شفاهة، كما يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إعداره (م 180 ق م).

كيف يتم الاعذار؟ (م 180 ق م)*** حالات لا ضرورة فيها للاعذار (م 180 و 181 ق م)**

1* إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين نفسه، هنا يستحق الدائن التعويض دون اعذار. مثال: عدم قيام المحامي برفع الطعن بالاستئناف في الآجال. أو كهلاك الشيء محل العقد بخطأ المدين. أو كإفشاء السر المهني.... ففي هذه الحالات لا فائدة من الاعذار.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب أجني عن المدين فإنّ الالتزام ينقضي بقوة القانون ولا مجال للتعويض (م 307 ق م).

2* إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع. فإذا أخل المدين بالتزامه بعدم الإضرار بالغير فلا حاجة للاعذار لاستحقاق التعويض لأنّ التنفيذ العيني لم يعد ممكنا.

3* محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو تسلمه دون حق. فلا داعي لإعذاره لأنه في الحالتين سيء النية وملزم بالرد أو التعويض دون اعذار (أساس الالتزام هنا إما عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب).

4* إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه

5* الاتفاق المسبق على أنه لا ضرورة للاعذار .

***آثار الاعذار:**

1- يترتب على اعذار المدين أنه يمكن للدائن إجبار مدينه على الوفاء ومطالبته بالتعويض عن جميع الأضرار التي تلحقه بعد ذلك جرّاء التأخير في التنفيذ.

2- إمكانية المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم القيام بتنفيذ التزامه م 119/1 ق م.

3- انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين ولو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن م 168 / 1 ق م .

إلا أن تبعة الهلاك لا تنتقل إذا أثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل تحمل تبعة الحوادث المفاجئة ف2 م 168 ق م. على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأي صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق ف3 م 168 ق م.

مثال على حالة انتقال تبعة الهلاك بعد الاعذار: (عقد الوديعة م 590 – 601 ق م)

وضع "أ" (المودع) شيء لدى "ب" (المودع لديه) على أن يحافظ عليه ويرده له عينا متى طلبه.

إذا هلك الشيء محل الوديعة تحت يد المودع لديه بسبب أجنبي كقوة قاهرة، فمن يتحمل الخسارة (تبعة الهلاك)؟ الأصل يتحمل تبعة الهلاك المودع (الدائن "أ"). لكن لو كان الدائن قد أعذر المودع لديه "ب" بالتسليم قبل الهلاك، ولم يتم التسليم، فيتحمل المودع لديه (المدين "ب") تبعة الهلاك وبالتالي عليه أن يعوض. إلا إذا أثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له ما لم يكن المدين قد قبل تحمل تبعة الحادث الفجائي.... م 168 ق م.

ثانيا: شرط أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكنا:

التنفيذ العيني ممكن = غير مستحيل وغير مرهق للمدين

1- أن لا يكون التنفيذ العيني مستحيلا: الاستحالة تجعل من المطالبة بتنفيذ الالتزام عينا دون جدوى.

لكن، ما هو الحل القانوني في هذه الحالة ما دام ليس هناك إمكانية للحكم بالتنفيذ العيني بسبب استحالته؟

يتوقف ذلك على سبب الاستحالة:

● فإذا كانت استحالة التنفيذ **بخطأ المدين** ← المدين ملزم **بالتعويض** بدلاً من التنفيذ العيني.

مثال: شخص يبيع نفس الشيء لشخصين وينقل الحيازة للثاني. أو كفنان تأخر عن موعد الحفلة حتى انصرف الجمهور بعد أن استعادوا مبالغ التذاكر = هنا التنفيذ العيني مستحيل بسبب المدين، ففي الحالتين يلزم المدين بدفع التعويض للدائن.

● أما إذا كانت استحالة التنفيذ **بسبب أجنبي** لا يد للمدين فيه ← **ينقضي الالتزام** ولا تعويض للدائن.

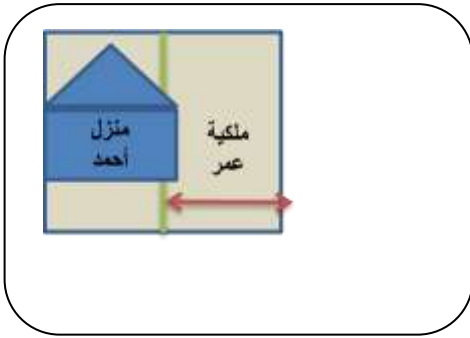
السبب الأجنبي = قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ الدائن المضرور أو خطأ الغير. م 127 ، 176 ، 307 ق م
مثال: زلزال منع الناقل من إيصال البضاعة، فيضان تسبب في هلاك السيارة محل العقد. = ينقضي الالتزام ولا يلزم المدين بالتعويض.

ويعتبر من قبيل الاستحالة حالة كون التنفيذ العيني للالتزام يتطلب تدخل المدين شخصياً، فهذا لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية. كامتناع طبيب عن إجراء عملية جراحية، وامتناع ممثل عن أداء دور تمثيلي، وامتناع لاعب كرة قدم عن الالتحاق بالمباراة.... فلا يمكن إجبار هؤلاء على التنفيذ وبالتالي لا مجال هنا إلا للحكم عليهم بالتعويض.

إذن، في الالتزام بقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل، متى كان التنفيذ العيني يتطلب تدخل المدين شخصياً وامتناع المدين عن التنفيذ بالرغم من أنه ممكن وغير مرهق، فإن ذلك يعدّ من قبيل استحالة التنفيذ العيني، ولا مناص من الحكم على المدين بالتعويض. م 169 ، م 171 ق م

إلا أنه لا مانع من اللجوء إلى وسيلة غير مباشرة لدفع المدين على التنفيذ وهي الغرامة التهديدية إذا توافرت شروطها. م 174، 175 ق م.

2- ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين وفي نفس الوقت لا يسبب العدول عنه (عن التنفيذ العيني) ضرراً جسيماً للدائن: أما إذا كان التنفيذ العيني ممكن ولكنه مرهق للمدين، أي يلحق به ضرراً جسيماً، فهذا يتم الحكم بالتعويض وليس التنفيذ العيني. مثال: م 788 ق م



أحمد وهو يقيم بناء تعدى بحسن نية على جزء يسير من أرض جاره عمر. فيجوز للقاضي ألا يحكم بإزالة كل البناء من أجل جزء من قطعة الأرض لما فيه من إرهاب للمدين وإلا أعتبر تعسفاً في استعمال الحق، ويجبر الدائن (عمر) على التنازل للمدين (أحمد) عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل دفع المدين تعويض نقدي عادل.

*كل ذلك بشرط ألا يلحق العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرراً جسيماً بالدائن. فإذا كان التنفيذ العيني يهدّد بخسارة جسيمة للمدين، والعدول عنه يضرّ بمصالح الدائن نرجع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني، لأن الدائن إنما يطالب بحقه من غير تعسف.

الأساس القانوني لشرط عدم الارهاق: نصت بعض التشريعات صراحة على شرط عدم الارهاق، كالتشريع المصري في فقرة 2 المادة 203 ق مدني مصري، حيث جاء فيها: "على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً." بينما لم ينص المشرع الجزائري صراحة على شرط عدم الارهاق، لكن يمكن الاعتماد على مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، حيث تنص م 124 مكرر ق م " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، 2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، 3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

موضوع التنفيذ العيني للالتزام: كيف يتم التنفيذ العيني للالتزام؟

تختلف كيفية التنفيذ العيني تبعا لاختلاف محل الالتزام المطلوب تنفيذه. لذا يجب أن نفرق بين ما إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء أو قيام بعمل أو امتناع عن عمل.

نوع الالتزام	محل الالتزام	المادة	كيفية التنفيذ العيني للالتزام	إخلال المدين بالالتزام
الالتزام بإعطاء (الالتزام بإنشاء أو نقل حق عيني) 1-منقول معين بالذات 2-منقول معين بالنوع 3-عقار 4-نقود	1-منقول معين بالذات كلوحة فنية أو كحصان معين بذاته.	م 165 ق م	تنتقل الملكية بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد. أما التسليم فهو ليس شرط لانتقال الملكية بل هو التزام على عاتق المدين.	لا يمكن للمدين الامتناع عن نقل الملكية لأنها تنتقل بقوة الق. لكن يمكنه: 1-الامتناع عن التسليم = يتم اللجوء إلى <u>التنفيذ الجبري عن طريق المحضر القضائي</u> إذا كان ممكنا. فإذا لم يكن ممكنا يتم الحكم بالتعويض. 2- خروج الشيء من حيازة المدين كبيعه لشخص آخر وتسليمه له. ففي هذه الحالة تنتقل الملكية للحائز حسن النية لأن الحيازة في المنقول بحسن نية سند للملكية م 835 ق م ، وللدائن طلب التعويض. 3-هلاك الشيء بسبب المدين، فللدائن هنا طلب التعويض.
	2- منقول معين بالنوع ككمية من السكر أو القطن أو الأرز	م 166 ق م	تنتقل الملكية بالفرز فمن يشتري 3 قنطار من الأرز لا يصبح مالكا بمجرد العقد، بل بعد الفرز أي وزن البائع للأرز ووضعه في أكياس تحت تصرف المشتري.	إذا امتنع المدين عن الفرز = يجوز للدائن الحصول على شيء مماثل من السوق على نفقة المدين بعد استئذان القاضي. أو يطلب التعويض.
	عقار	م 165 ق م	تنتقل ملكية العقار بإجراءات <u>الإشهار العقاري</u> أما الكتابة الرسمية فهي ركن في العقد (م 324 مكرر 1 ق م) ولا تكفي وحدها لنقل الملكة.	خروج العقار من يد المدين = للدائن طلب التعويض.
	نقود	م 95 ق م	لا تنتقل إلا بالتسليم والقبض. والعبرة بعدد النقود لا بقيمتها حتى لو ارتفعت أو انخفضت قيمتها يوم الوفاء (مبدأ القيمة الاسمية)	النقود لا تملك فالوفاء بها دائما ممكن، وإذا امتنع المدين عن تسليمها = فللدائن المطالبة بالحجز على أموال المدين لاستيفاء حقه م 188 ق م

نوع الالتزام	التنفيذ العيني	المادة	إخلال المدين بالالتزام
الالتزام بالقيام بعمل	التنفيذ العيني ممكن دون تدخل المدين شخصيا	م 170 ق م	إذا امتنع المدين عن القيام بالعمل الملتزم به فلا يمكن إجباره على الوفاء لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية، لكن: يمكن للدائن أن يطلب <u>ترخيصا</u> من القضاء للتنفيذ على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنا. أو يطلب <u>التعويض</u> متى توافرت شروطه.
	التنفيذ العيني يتطلب تدخل المدين شخصيا أي شخصية المدين محل اعتبار إما بموجب الاتفاق أو طبيعة المعاملة. (كالالتزام الممثل أو التزام المدين بتقديم وثائق..)	م 169 ق م م 171 ق م	إذا امتنع المدين عن الوفاء فللدائن الحق في رفض الوفاء من غير المدين شخصيا، ولا يمكن اللجوء للتنفيذ الجبري، فمن غير الممكن إجبار المدين على التنفيذ العيني لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية. لكن يمكن للدائن: * المطالبة بالحكم بالغرامة التهديدية للضغط على المدين الممتنع (م 174 ق م). * كما أن للدائن طلب <u>التعويض</u> متى توافرت شروطه * قد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام. مثال م 72 ق م، حيث يحل الحكم القضائي النهائي مقام العقد النهائي الموعود به عند امتناع الواعد عن الكتابة الرسمية للعقد النهائي الوارد على عقار.
الالتزام بالامتناع عن عمل	سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق. كالامتناع عن البناء في أرض الغير. وكالامتناع عن إفشاء السر المهني والتزام معلق رياضي بعدم التعليق لقنوات أخرى غير الجزيرة الرياضية...	م 173 ق م	إذا قام المدين بالعمل الملتزم بعدم القيام به نفرق بين ما إذا كانت إزالة ذلك العمل ممكنة أو لا: 1- إذا كانت الإزالة ممكنة: يمكن للدائن أن يحصل على <u>ترخيص</u> من القضاء للقيام بالإزالة على نفقة المدين. مثال: إزالة الجدار الذي بناه المدين في أرض الغير.. 2- إذا كانت الإزالة غير ممكنة أو مرهقة للمدين فللدائن المطالبة بالتعويض (مثال م 788 ق م بق ذكره) ومثال أيضا: تم إفشاء السر المهني فلا مجال للإزالة مما يستوجب التعويض.

الغرامة التهديدية

كوسيلة لدفع المدين إلى تنفيذ التزامه عينا م 174، 175 ق م و عدة مواد في قانون الاجراءات المدنية والادارية
تعريف الغرامة التهديدية:

هي وسيلة غير مباشرة لدفع المدين الممتنع على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصيا.

حيث يصدر القاضي حكم بوجوب تنفيذ المدين لالتزامه العيني في مدة محددة ويفرض غرامة محددة عليه، وعلى سبيل التهديد، عن كل وحدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر...) يتأخر فيها عن التنفيذ حتى يقوم بالتنفيذ، أو يتضح رفضه نهائيا فتتم تصفية الغرامة التهديدية.

فالغرامة التهديدية إذن هي ليست هدفا في حد ذاتها بل وسيلة لدفع المدين الممتنع على تنفيذ التزامه عينا كما أنها وسيلة تعمل على احترام أحكام القضاء الصادرة باسم الشعب. وقد نظم أحكامها كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ويطلق عليها أيضا مصطلح الغرامة الإجبارية ومصطلح التهديد المالي.

مثال: إذا امتنعت شركة الكهرباء عن تزويد أحد المشتركين بالتيار الكهربائي دون مبرر مشروع، فيحكم القاضي بإلزام شركة الكهرباء بالتنفيذ مع الحكم عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ بمبلغ قدره 3000 دج.

شروط الحكم بالغرامة التهديدية

1- امتناع المدين عن تنفيذ التزامه عينا رغم أنه ممكن م 174 ق م ويثبت ذلك الامتناع عن طريق محضر امتناع عن التنفيذ يحرره محضر قضائي م 625 ق م 1.

فلا حاجة للجوء للغرامة التهديدية إذا كان التنفيذ مستحيلا سواء كانت الاستحالة بسبب المدين (الحكم بالتعويض) أو بسبب أجنبي (انقضاء الالتزام).

2- أن يكون موضوع الالتزام قيام بعمل أو امتناع عن عمل م 625 ق م 1. كالاتزام بتقديم خدمة الانترنت أو الالتزام بالامتناع عن الغناء في فرقة أخرى...

فلا مجال للحكم بالغرامة التهديدية إذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء، سواء كان منقول معين بالذات أو بالنوع أو عقار (م 165، 166 ق م) أو مبلغ من النقود (الحجز على أموال المدين)

3- أن يكون تدخل المدين شخصا ضروري لتنفيذ الالتزام م 174 ق م

يجب أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. مثال الالتزام بالقيام بتقديم خدمة الانترنت أو الالتزام بتقديم مستندات.. أما إذا كان بالإمكان طلب التنفيذ على نفقة المدين م 170 و 173 ق م فلا حاجة للحكم بالغرامة التهديدية.

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

✓ حكم تهديدي: الغرامة التهديدية هي وسيلة للتغلب على عناد المدين وتعتته، فهي تعمل على بث الخوف والقلق في نفسه عن طريق تقديرها بشكل مبالغ فيه مع ازدياد قيمتها بشكل دوري (عن كل يوم أو أسبوع أو شهر...) كما أن للقاضي سلطة تقديرية في زيادة قيمة الغرامة إذا كان من شأن ذلك الضغط على المدين ودفعه إلى التنفيذ العيني (م 174 / 2 ق م).

✓ حكم مؤقت: الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم مؤقت لا يحوز حجية الشيء المقضي به ولا يحسم النزاع نهائياً، وبالتالي فهو غير واجب التنفيذ ولا يعد دينا في ذمة المدين. فبوضوح موقف المدين نهائياً يعيد القاضي النظر فيها لتتم تصفيتها وتحديد قيمتها النهائية.

✓ حكم غير محدد المقدار: وبالتالي فهو يختلف عن الحكم بالتعويض، إذ تحدد الغرامة عن كل وحدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر...) يتأخر فيها عن التنفيذ ولا يمكن معرفة مقدارها يوم صدور الحكم بها، لذا يتم تصفيتها لاحقاً عند وضوح موقف المدين النهائي من التنفيذ.

آثار الغرامة التهديدية:

الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم مؤقت يهدف للضغط على المدين لتنفيذ التزامه، ومآله إعادة النظر بعد اتضاح الموقف النهائي للمدين والذي لا يخرج عن احتمالين:

الحالة الأولى: تنفيذ المدين لالتزامه. ويعتبر متأخراً في التنفيذ، في هذه الحالة يتم الحكم على المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ.

الحالة الثانية: تعنت المدين وإصراره على عدم التنفيذ. يثبت هذا الامتناع عن طريق محضر الامتناع عن التنفيذ الذي يحرره المحضر القضائي.

ويرفع الدائن دعوى يطلب فيها تصفية الغرامة التهديدية، ويقوم القاضي بتحديد المبلغ النهائي الذي يتوجب على المدين دفعه للدائن في شكل تعويض بالاعتماد على عنصرين: ما أصاب الدائن من ضرر والعنت الذي بدا من المدين.



إن مراعاة عنصر العنت في تقدير التعويض عند تصفية الغرامة التهديدية هو الذي يعطي للحكم بالغرامة التهديدية قوته الرادعة والذي يجعل منها وسيلة فعالة نوعاً ما تدفع المدين لتنفيذ التزامه، وهو الذي يميّز التعويض بعد تصفية الغرامة التهديدية عن التعويض وفقاً للقواعد العامة، حيث أن هذا الأخير يجب أن يكون على قدر الضرر فقط.

تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض

الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام (م 164 ق م) والاستثناء هو التعويض.

حالات التعويض

- 1- إذا كان التنفيذ العيني مستحيل بسبب المدين م 176 ق م
- 2- إذا كان التنفيذ العيني مرهق للمدين، والتعويض لا يسبب ضرراً جسيماً للدائن. م 124 مكرر 1
- 3- امتناع المدين عن التنفيذ مع كون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه.
- 4- تراضي الطرفان على العدول عن التنفيذ العيني إلى طريق التعويض سواء صراحة أو ضمناً.

شروط استحقاق التعويض

- 1- الاعذار م 179 ق م
- 2- قيام أركان المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية
 - ← الخطأ (إخلال بالالتزام عقدي أو قانوني)
 - ← الضرر (لا ضرر = لا تعويض)
 - ← قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

طرق تقدير التعويض (قضائي، اتفاقي، قانوني)

من الذي يحدد مقدار التعويض؟

م 182 ق م "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره..."

أولاً: التقدير القضائي للتعويض م 176 - 182 مكرر

الأصل أنه في حالة الإخلال بالالتزام العقدي أو القانوني فإنّ الدائن يلجأ للقضاء ويقوم القاضي بتقدير التعويض ما لم يوجد نص في القانون أو اتفاق بين الطرفين يحدّد التعويض.

أنواع التعويض القضائي

- 1- **التعويض النقدي:** وهو الغالب، حيث يقدر التعويض بمبلغ من النقود. ويصحّ أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأميناً. (م 132 / 1 ق م).
- 2- **التعويض غير النقدي:** كنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف في دعاوى السب والقذف، وهو بمثابة تعويض غير نقدي عن الضرر المعنوي الذي أصاب المضرور.

الضرر الذي يتم التعويض عنه

*الضرر المادي والضرر المعنوي م 182 مكرر ق م

*الضرر المترتب عن عدم التنفيذ والضرر المترتب عن التأخر في التنفيذ.

*الضرر المحقق

1-الضرر المادي والضرر المعنوي م 182 مكرر ق م

* الضرر المادي يصيب الإنسان في ماله أو جسمه.

* الضرر المعنوي يصيب الإنسان في حريته أو شرفه أو سمعته

تجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني إلا بعد تعديله سنة 2005 بموجب القانون 05-10، حيث أضاف نص المادة م 182 مكرر ق م، وبالرغم من ذلك فلقد كانت المحاكم تقضي به بناء على نصوص قانونية من بينها: م 3 ق إجراءات جزائية: تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية. وم 5 ق أسرة: جواز التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة.....

2- الضرر المترتب عن عدم التنفيذ والضرر المترتب عن التأخر في التنفيذ

أ- التعويض عن عدم التنفيذ: إذا امتنع المدين عن التنفيذ ولم يكن التنفيذ الجبري متاحا، فإنّ التعويض يحل محل التنفيذ العيني للالتزام. والأصل أنّه لا يمكن الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض عن عدم التنفيذ إلا إذا كان التنفيذ العيني جزئيا فيجتمع التنفيذ العيني والتعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام.

ب- التعويض عن التأخر في التنفيذ: إذا نقّذ المدين التزامه متأخرا بعد المدة المحددة وجب التعويض عن ذلك التأخير.

ويمكن أن يجتمع هذا النوع من التعويض مع التنفيذ العيني للالتزام وأيضا مع التعويض عن عدم التنفيذ.

وقد خصّ المشرع حالة تأخر المدين في الوفاء بمبلغ من النقود بنص خاص م 186 ق م الضرر المفترض غير قابل لإثبات العكس فليس على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه جراء التأخر في الوفاء.

3-الضرر المحقق: يجب أن يكون الضرر محققا أي وقع فعلا أو مؤكد الوقوع مستقبلا، أما الضرر الاحتمالي فلا مجال للتعويض عنه حتى يتأكد وقوعه.

مثال: تضرّر شخص من الأشغال التي يقوم بها جاره:

*تهدم جزء كبير من شرفة المنزل = ضرر محقق = يجب التعويض عنه.

*خطر تهدم كل الشرفة = ضرر مؤكد الوقوع مستقبلا حسب الخبر = ضرر محقق = يجب التعويض عنه.

*احتمال تهدم كل المنزل = ضرر احتمالي غير محقق = لا يتم التعويض عنه حتى يقع أو يتأكد وقوعه.

ولكن ماذا عن الضرر المتغير؟

إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير (م 131 ق م)

وماذا عن تفويت فرصة هل هي ضرر محقق يتم التعويض عنه أو احتمالي؟

مثال عن تفويت فرصة: تعرّض شخص ذاهب لاجتياز مسابقة لحادث، أو التسبب في تعطيل شخص عن الدخول في مناقصة... وقد استقر القضاء في فرنسا ومصر على التعويض عن تفويت الفرصة، فهي وإن كانت أمراً محتملاً إلا أنّ تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه.

عناصر تقدير التعويض = ما لحق الدائن من خسارة + ما فاتته من كسب م 182 ق م

أمثلة:

الضرر	ما لحق الدائن من خسارة	ما فاتته من كسب مالي
تعرض شخص لإصابة جسدية بخطأ المدين	مصاريف العلاج التي تكبدها جراء الإصابة الجسدية ..	ما سيفوته من كسب جراء توقفه عن العمل... (مع مراعاة قاعدة عدم جواز الجمع بين تعويضين عن نفس الضرر)
امتناع المدين عن تسليم البضاعة المدفوع ثمنها	المبلغ الذي دفعه الدائن لاضطراره إلى شراء بضاعة بثمن أعلى.....	المبلغ الذي كان سيجنه (الربح) لو سلمت له البضاعة في وقتها...
امتناع المغني عن إحياء الحفلة .	كل الخسائر : ما أنفقته الدائن في الإعداد للحفلة.	ما ضاع عليه من ربح لو أن المغني أحيى حفلته...

*هل يستحق الدائن التعويض حتى لو لم يلحقه أي ضرر جراء خطأ المدين؟

الأصل أنه: لا ضرر = لا تعويض.

فلا مجال للتعويض إذا لم يثبت الدائن أي ضرر قد أصابه تسبب في خسارة أو فوات ربح حتى ولو كان المدين قد أخل بالتزامه. كمحامي يخل بالتزامه في رفع الاستئناف المتفق عليه مع موكله إلا أنه يتضح أن الحكم غير قابل للاستئناف فهنا لا وجود للضرر فلا مجال للتعويض.

حدود التعويض:

الأصل أن يكون التعويض جابراً للأضرار قدر الإمكان، فيشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب (الضرر يزال).

لكن هل يتم التعويض عن جميع الأضرار سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة وسواء كانت متوقعة أو غير متوقعة؟

م 182 / 1 ق م... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

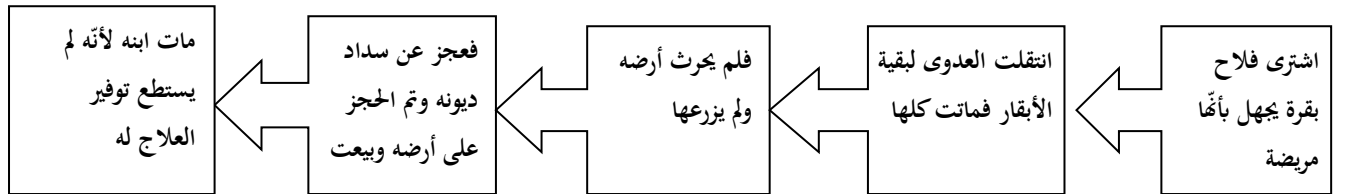
غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد "

وبالتالي يرد على مبدأ التعويض يجبر كل الأضرار قيدتين:

1- بالنسبة للأضرار المباشرة وغير المباشرة:

يكون التعويض عن الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

مثال البقرة الموبوءة (للفقهاء الفرنسيين بوتيه pothier)



فهل يعرض المدين (بائع البقرة الموبوءة) عن كل هذه الأضرار المتسلسلة والمتعاقبة؟

في حال كون الأضرار متعاقبة، يتم التعويض عن الأضرار المباشرة فقط دون الأضرار غير المباشرة سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فما المقصود بالأضرار المباشرة؟

يقصد بالأضرار المباشرة الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه، وتكون كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاها ببذل جهد معقول. (م 182 / 1 ق م)

والأضرار المباشرة حسب مثال البقرة الموبوءة هي موت كل الحيوانات، أما الأحداث التي وقعت بعد ذلك هي أضرار غير مباشرة لا يتم التعويض عنها، إذ كان في وسع الدائن تفاديها ببذل جهد معقول، كأن يقتصر مالا أو يؤجر أرضه للغير.... فليس من المعقول أن يترك الدائن الأضرار تتعاقب وتنتقل حاله من سيء لآخر مجرد أن مدينه أحلّ بالتزامه، فهو إن فعل ذلك أعتبر مخطئاً ولا يتحمل المدين نتائج خطأ الدائن.

2- بالنسبة للأضرار المتوقعة وغير المتوقعة:

يكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الأضرار المتوقعة فقط ما لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، و يكون التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

الأصل: أنه يعتد بالضرر الذي يتوقعه الرجل المعتاد في مثل الظروف التي وجد فيها المدين. ومعيار التوقع هو معيار موضوعي وليس ذاتي.

مثال الحقيقة الضائعة: تتوقع شركة الطيران أن حقايب المسافرين بها ملابس ومستلزمات بسيطة، فإذا ضاعت حقيبة واتضح أن بها مجوهرات ومبالغ ضخمة فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن قيمة ما كان في الحقيقة، ويكون التعويض عن الضرر المتوقع فقط.

الاستثناء: يلتزم المدين بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع إذا كان قد ارتكب غشاً (خطأ عمدي) أو خطأ جسيماً (خطأ لا يصدر عن أقل الناس تبصراً) (م 182 / 2 ق م).

فإذا ثبت أن ضياع الحقيقة كان بسبب غش شركة الطيران أو خطئها الجسيم فهنا تكون ملزمة بتعويض كل الأضرار المباشرة سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

*** هل تدخل درجة الخطأ في عناصر تقدير التعويض إلى جانب حجم الضرر؟**

الأصل: لا يقدر التعويض على أساس حجم خطأ المدين بل على أساس الأضرار (ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب). ذلك أن وظيفة التعويض إصلاح الضرر وليس عقاب المخطئ.

الاستثناء: قد يدخل القاضي في اعتباره جسامه خطأ المدين عند تقديره للتعويض إذا نص القانون على ذلك:

1- يراعي القاضي عند تصفية الغرامة التهديدية وتحديد التعويض النهائي العنت الذي بدا من المدين (م 175 ق م).

2- يكون المتعاقد الذي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً مسؤولاً عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة (م 182 / 2 ق م).

3- يراعي القاضي الظروف الملازمة عند تقديره للتعويض (م 131 ق م). وهي الظروف الخاصة بالمضرور، إذ أن معيار تقدير التعويض هو معيار ذاتي وليس موضوعي، فالضرر الذي يلحق العين عند طبيب أو أستاذ يفوق كثيراً الضرر الذي يلحق المزارع (الحالة المهنية)، والجرح الذي يصيب مريض سكري أخطر من الذي يصيب رجل سليم (الحالة الصحية).

2- بالنسبة للأضرار المتوقعة وغير المتوقعة	1- بالنسبة للأضرار المباشرة وغير المباشرة
<div>مسؤولية عقدية</div> <div>مسؤولية تقصيرية</div> <div>مسؤولية عقدية + المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً</div> <div>مسؤولية عقدية + المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً</div> <div>مسؤولية تقصيرية</div>	<div>مسؤولية عقدية</div> <div>مسؤولية تقصيرية</div> <div>مسؤولية عقدية</div> <div>مسؤولية تقصيرية</div>
أضرار متوقعة	أضرار مباشرة
أضرار غير متوقعة	أضرار غير مباشرة
يعوض ✓	يعوض ✓
لا يعوض ✗	لا يعوض ✗

ثانياً: التقدير الاتفاقي للتعويض (الشرط الجزائي)

م 183، 184، 185، 187 ق م

الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه .

وبالتالي يمكن أن يكون الشرط الجزائي كتعويض عن عدم التنفيذ، كالشرط الجزائي الذي يقضي بالتزام الفنان بدفع مبلغ دج لشركة إنتاجه إذا تعامل مع شركة إنتاج أخرى.....

كما يمكن ان يكون كتعويض عن التأخير في التنفيذ، كالشرط الجزائي الذي يقضي بالزامية دفع المقاول مبلغ.... دج لرب العمل عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه عن تسليم المشروع عن التاريخ المتفق عليه.

خصائص الشرط الجزائي

1- الشرط الجزائي اتفاق سابق على الإخلال بالالتزام وبالتالي فهو تقدير جزائي للتعويض.

2- الشرط الجزائي هو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عيناً، ولا يستطيع الدائن اللجوء إليها إلا إذا كان التنفيذ العيني ممكناً. كل ذلك ما لم يكن المقصود من الشرط الجزائي هو التعويض عن التأخير في التنفيذ، فهنا يمكن المطالبة به سواء مع التنفيذ العيني أو مع التعويض عن عدم التنفيذ.

3- الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي، يبقى بقاءه ويزول بزواله.

يترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي عدة نتائج أهمها:

أ- بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي بالتبعية والعكس غير صحيح، فإذا كان الشرط الجزائي باطلاً فلا يبطل الالتزام الأصلي. فإذا قضى مثلاً الشرط الجزائي بأنه إذا لم يستوف الدائن حقه عند حلول الأجل فله أن يبيع العقار المرهون دون إتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يتملكه، فهذا الشرط باطل بموجب المادة 903 ق م، إلا أنه لا يؤدي إلى بطلان الرهن.

ب- إذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة، سقط معه الالتزام بالشرط الجزائي. فلا مجال للمطالبة بالشرط الجزائي إذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه نتيجة سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

ج- إذا فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي فإن الشرط الجزائي يزول، فلا يمكن للدائن الذي طالب بالفسخ بسبب إخلال المدين بالتزامه أن يطالب بالشرط الجزائي، ولكن له المطالبة بتعويض يقدره القاضي.

تمييز الشرط الجزائي عن كل من الصلح والعربون بدلالة حق العدول والغرامة التهديدية

أوجه الشبه و أوجه الاختلاف	الشرط الجزائي م 183-185 ق م	الصلح م 459-466 ق م
أوجه الشبه	كلاهما اتفاق بين طرفين	
أوجه الاختلاف	اتفاق سابق على الإخلال بالالتزام ووقوع الضرر	اتفاق لاحق على الإخلال بالالتزام ووقوع الضرر

أوجه الشبه والاختلاف	الشرط الجزائي م 183-185 ق م	العربون بدلالة حق العدول م 72 مكرر ق م
أوجه الشبه	*كلاهما اتفاق مسبق *كلاهما جزاء لفعل المدين سواء العدول في العربون أو الإخلال في الشرط الجزائي	
أوجه الاختلاف	*لا يستحق إلا إذا أثبت الدائن وجود ضرر *قد يتدخل القاضي في تعديل قيمته	*يستحق العربون بغض النظر عن وجود الضرر من عدمه *لا يتدخل القاضي في مبلغ العربون.

أوجه الشبه والاختلاف	الشرط الجزائي م 183-185 ق م	الغرامة التهديدية م 174، 175 ق م
أوجه الشبه	*كلاهما وسيلة تهديدية غير مباشرة لضمان تنفيذ الالتزام *كلاهما تعويض	
أوجه الاختلاف	*مصدره الاتفاق * اتفاق مسبق قابل للتنفيذ	*مصدرها الحكم القضائي *تكون بموجب حكم مؤقت غير قابل للتنفيذ إلا بعد تصفيتها *يقوم القاضي بتصفيتها وتحديد التعويض النهائي مع مراعاة عنصر <u>العنت</u> الذي بدا من المدين إلى جانب عنصر الضرر.

* شروط استحقاق الشرط الجزائي

- 1- توفر الشروط العامة للتعويض وهي الاعذار (م 183 ق م) وقيام أركان المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية (182، 184 ... ق م).
- 2- وجود اتفاق سابق على وقوع الإخلال بالالتزام سواء كان هذا الاتفاق مدرج في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق (183 ق م).
- 3- ألا يخالف هذا الاتفاق النظام العام.

لكن، هل مجال الشرط الجزائي هو المسؤولية العقدية فقط أم يمكن تصوره في المسؤولية التقصيرية؟

رغم أن نص المادة 183 ق م تكلم عن الشرط الجزائي في إطار العقد "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..."، إلا أنّ جانباً كبيراً من الفقه يرى أنّه لا مانع من أن يوجد الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية وذلك لأنّه يحقق مصلحة مشروعة لا تمس بالنظام العام.

مثال: اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على دفع مبلغ معين كتعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً جراء الأعمال التي يقوم بها .

* سلطة القاضي في إلغاء أو تعديل (بالتخفيض أو الزيادة) الشرط الجزائي

الأصل طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين م 106 ق م من المفروض أنّه لا يمكن للقاضي التدخل لإلغاء أو تعديل العقد.

لكن، استثناءً، أجاز المشرع للقاضي التدخل لإلغاء أو تعديل الشرط الجزائي وفق ما يلي: (لا استثناء إلا بنص)

1- إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر جراء إخلاله بالالتزام فلا مجال للحكم بالشرط

الجزائي. لا ضرر = لا تعويض (م 184 / 1 ق م)

مثال: إذا لم يحضر الفنان لإحياء الحفل، وكان الحفل قد ألغي لسبب آخر لا علاقة له بعدم مجيئه، فهنا إخلال الفنان بالتزامه لم يلحق أي ضرر بمتعهد الحفلات، فلا يستحق هذا الأخير أي تعويض (شرط جزائي).

حالات تدخل
القاضي لإلغاء
الشرط الجزائي

2- إذا أثبت المدين أن التنفيذ أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فلا مجال للحكم

بالشرط الجزائي (م 176، 307 ق م) مثال: كوقوع زلزال مفاجئ يمنع المغني من الانتقال لمكان الحفل، فلا مجال للحكم باستحقاق الشرط الجزائي.

1- إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي مفرط أي مبالغ فيه بحيث يكون أكثر بكثير من

الضرر الواقع، فيخفض القاضي قيمة الشرط الجزائي دون أن يجعله مساويا للضرر (م 184/2 ق م).
مثال: قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه 2.000.000 دج، بينما الضرر الواقع فعلا 1.000.000 دج، فيمكن للمدين أن يطلب من القاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي المبالغ فيها مقارنة بالضرر.

حالات تدخل

القاضي

لتخفيض قيمة

الشرط الجزائي

2- إذا أثبت المدين أنه قد نفذ جزء من الالتزام الأصلي فيخفض القاضي قيمة الشرط الجزائي (م 184/2 ق م)

مثال: إذا حضر اللاعب نصف المباراة فله أن يطلب عدم دفع كل مبلغ الشرط الجزائي الذي يستحق عند غيابه عن كل المباراة، وبالتالي يمكن تخفيض قيمة الشرط الجزائي بحسب نسبة ما تم تنفيذه.

3- إذا تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي أو لا

يقضي به أصلا عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر (م 187 ق م)

مثال: إذا تم اتفاق رب العمل مع المقاول على شرط جزائي قدره 30.000 دج عن كل شهر تأخير عن التسليم، ولم يسلم المقاول المشروع في الأجل المتفق عليه، فلو صدر الحكم في ماي ستكون قيمة التعويض هنا أكبر مما لو صدر في فيفري، وبالتالي قد يعتمد الدائن المطالبة لإطالة مدة النزاع أمام القضاء حتى يستفيد من قيمة تعويض أكبر. وللقاضي في هذه الحالة أن يخفض قيمة الشرط الجزائي أو أن لا يقضي به عن المدة التي طال فيها النزاع عن قصد ويسوء نية الدائن.

1- إذا كانت قيمة الشرط الجزائي أقل من الضرر + وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ

جسيما يحكم القاضي بتعويض يعادل الضرر حتى ولو زاد عن قيمة الشرط الجزائي (م 185 ق م). أمّا إذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيما فلا مجال للزيادة حتى ولو كان الشرط الجزائي أقل من الضرر.

مثال: إذا تم الاتفاق على شرط جزائي قدره 500.000 دج عند عدم التنفيذ، ثم أثبت الدائن أن الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ تجاوز تلك القيمة حيث قدر بـ 900.000 دج فليس للدائن هنا أن يطالب بأكثر من قيمة الشرط الجزائي، إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ نتج عن خطأ عمدي أو خطأ جسيما من المدين.

حالات تدخل

القاضي لزيادة

قيمة الشرط

الجزائي

2- إذا كانت قيمة الشرط الجزائي تافهة + في إطار المسؤولية التقصيرية فللقاضي الحكم بتعويض

مناسب وفقا للقواعد العامة حتى ولو زاد هذا التعويض عن قيمة الشرط الجزائي، لأن ذلك الاتفاق يعدّ بمثابة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وهو باطل وفقا للمادة 178 ق م.

فلو اتفق مالك المصنع مع جيرانه المزارعين بأنه سيعطيهم 50.000 دج في حال تضرر محصولاتهم الزراعية، وبعد ذلك أصيب المزارعون بأضرار تجاوزت قيمتها 700.000 دج، فهنا يكون صاحب المصنع قد أخلّ بالالتزام عام، مصدره القانون وليس الاتفاق، هو "الالتزام بعدم الإضرار بالغير" يترتب على الإخلال به مسؤولية تقصيرية وليس عقدية، فيحق لهم المطالبة بزيادة قيمة التعويض المستحق تزيد عن قيمة الشرط الجزائي نظرا لأن تافهة المبلغ المتفق عليه مقارنة بالأضرار الواقعة فعلا يعد بمثابة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وهو غير جائز قانونا.

فوائد الشرط الجزائي

1- إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر: الأصل أنّ عبء إثبات الضرر يقع على الدائن (المضرور)، فالبيّنة على من ادّعى. إلاّ أنّه في حال وجود اتفاق على شرط جزائي، فإنّ عبء إثبات الضرر ينتقل من الدائن إلى المدين.

فبوجود الشرط الجزائي تقوم قرينة قانونية على أنّ إخلال المدين بالتزامه قد سبّب ضررا للدائن، وبالتالي لا يكلف الدائن بإثبات هذا الضرر، ويمكن للمدين درء هذه القرينة، حتى يتخلّص من الشرط الجزائي، بإثبات أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر جراء إخلاله بالالتزام (م 184 / 1 ق م).

2- وسيلة تهديدية: قد يحثّ الشرط الجزائي المدين على تنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه خوفا من تسديد الشرط الجزائي والذي عادة ما يكون مبالغاً فيه.

3- استبعاد تدخل القضاء: ففي كثير من الأحيان يتم دفع قيمة الشرط الجزائي دون اللجوء إلى القضاء، وحتى إن تم التقاضي فغالبا ما يحكم القاضي بالقيمة المتفق عليها ما لم تتوقّف إحدى حالات الإلغاء أو التعديل السابق ذكرها.

التقدير القانوني للتعويض

قد يتولّى القانون تقدير مقدار التعويض الذي يستحقّه الدائن. ومن بين صور التقدير القانوني للتعويض في القانون الجزائري: التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات (أمر رقم 74-15)، التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية (ق 13-83 المعدل والمتمم). حيث يحدّد القانون في هذه الحالات نسب لتقدير التعويض ولا يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

ويدخل ضمن مفهوم التعويض القانوني أيضا ما يسمّى **بالفوائد التأخيرية**، والتي تعرف بأنّها: مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له.

والفوائد التأخيرية نوعان قانونية واتفاقية، وقد نصت عليها معظم التشريعات المقارنة ووضعت قيودا وشروطا لاستحقاقها، فالقانون المدني **المصري** مثلا نص في المادة 226 منه على الفوائد التأخيرية القانونية وحدّد سعر الفائدة ب 4% في المواد المدنية و 5% في المواد التجارية (والعبرة في ذلك بصفة المدين ما إذا كان تاجرا أو لا)، أمّا الفوائد التأخيرية الاتفاقية تكون في صورة عقد قرض بفائدة مقابل استفادة المدين بمبلغ من النقود لمدة معيّنة، فلا يجوز أن تزيد عن الحد الأقصى وهو 7 % طبقا للمادة 227 ق م مصري.

أما المشروع الجزائري فلم ينص على الفوائد التأخيرية القانونية، لكنه نص في م 186 ق م على تعويض الضرر عن التأخير بالوفاء بمبلغ من النقود معين المقدار، حيث يقدر القاضي هذا التعويض (تعويض تأخيري قضائي). والضرر هنا هو ضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس، فليس على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه جراء التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود. على أن احتساب الفوائد التأخيرية يبدأ من تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ الإعذار. (م 186 ق م)

أما بالنسبة للفوائد التأخيرية الاتفاقية التي يحددها الأطراف، فإن الإرادة التشريعية منعت القرض بفائدة بين الأفراد، حيث نصت م 454 ق م على أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك، على أنه يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة، ولها أيضا في حال منح قروض أن تأخذ فائدة، ويحدد قدر هذه الفوائد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية تشجيعا للادخار وتشجيعا للنشاط الاقتصادي (م 455، 456 ق م).

الخلاصة:

محل الالتزام بمبلغ من النقود + تأخر المدين في الوفاء به = يستوجب دفع المدين لتعويض عن التأخر في الوفاء
يحدد مقداره القاضي، ولا يمكن للأطراف الاتفاق عليه مسبقا باستثناء مؤسسات القرض.

الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

حسب م 188 ق م فإن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وهذا ما يسمى "الضمان العام"¹ كما أن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان، ولا يتقدم دائم على آخر بأسبقية نشوء دينه، فإذا لم تكف أموال المدين، اقتسموا حاصل التنفيذ بينهم قسمة غرماء، بحيث يحصل كل دائن على نسبة من دينه، كالنصف أو الثلث مثلا. كل هذا ما لم يكن للدائن حق أفضلية بموجب ضمان خاص كرهن رسمي م 882 ق م أو حق امتياز م 982 ق م أو غيرها من التأمينات العينية.

¹ ويجب عدم الخلط بين مصطلح "الضمان العام" ومصطلح "النظام العام"، فرغم تشابه المصطلحين إلا أنهما يختلفان تماما من حيث المعنى، فالأول مجاله القانون المدني ويتعلق بحماية حقوق الدائنين، بينما الثاني يتمثل في مجموع القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد، وهي تتغير باختلاف المكان والزمان.

وإذا كان القانون قد كفل للدائن حق التنفيذ على أموال المدين، فإنه حرص أيضا على حماية الدائن من تصرفات مدينه التي قد تضر به، سواء كانت هذه التصرفات عن سوء نية أو عن إهمال. لذا نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وسائل تحفظية (كال حجز التحفظي على منقول ملك للمدين) وأخرى تنفيذية (الحجز على المنقول لدى المدين وحجز ما للمدين لدى الغير). وبدوره نص القانون المدني على وسائل لضمان حقوق الدائنين، منها ما يمنح الدائن حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين في اقتضاء حقه (التأمينات العينية) وأخرى تهدف إلى المحافظة على الضمان العام، تتمثل في ثلاث دعاوى: الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البولصية) ودعوى الصورية. وهذه الدعاوى هي موضوع دراستنا.

أولا: الدعوى غير المباشرة

م 189 ق م

تعريف الدعوى غير المباشرة:

هي وسيلة لحماية الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض الحقوق أو المطالبة بها. وبالتالي فهي تمكّن الدائن من رفع دعوى على مدين مدينه للمطالبة بحقوق مدينه وذلك في حالة تقاعس أو إهمال هذا الأخير في المطالبة بحقوقه التي لدى الغير، ويعتبر الدائن نائبا عن مدينه نيابة قانونية مصدرها نص القانون وليس الاتفاق، لذا فإنّ الدائن يرفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ونيابة عنه وليس باسمه هو، ويستفيد كل الدائنين مع الدائن رافع الدعوى من الحق المستوفى على حد سواء لأنه يدخل في الضمان العام.

مثال: إذا كنت دائن لصديقك "أكرم" بمبلغ من المال وهو ليس لديه ما يكفي لسداد الدين، وفي نفس الوقت "أكرم" دائن "لمصطفى" بمبلغ من المال ولكنه لم يقم بمطالبته به، ففي هذه الحالة يكون من مصلحتك أن يقوم "أكرم" باسترجاع حقه حتى يكون قادرا على الوفاء، ولأنه لا يمكنك جبره على رفع دعوى على مدينه "لمصطفى" فقد أعطى لك القانون إمكانية رفع دعوى على "لمصطفى"، وهو مدين مدينك، لكن هذه الدعوى ترفعها كنائب عنه أي باسم "أكرم" ولحسابه، فهدفها ليس استيفاء حقك مباشرة بل بطريقة غير مباشرة عن طريق زيادة الضمان العام، لذا سميت بالدعوى غير المباشرة.

*تمييز الدعوى غير المباشرة عن الدعوى المباشرة:

الدعوى المباشرة هي دعوى يرفعها الدائن باسمه الشخصي ولحسابه على مدين مدينه، ويطلب فيها بحقوق مدينه تجاه مدين مدينه. فيستفيد الدائن رافع الدعوى المباشرة من هذا الوفاء وحده دون مزاحمة باقي الدائنين، وهذا ما يميزها عن الدعوى غير المباشرة.

وبالتالي فإنّ الدعوى المباشرة هي وسيلة أكثر فعالية من الدعوى غير المباشرة إلا أن حالاتها محددة حصراً بنصوص خاصة، فللمؤجر مثلاً دعوى مباشرة ضد المستأجر الفرعي يستطيع بموجبها مطالبة بالأجرة وغيرها من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار الفرعي في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي م 507 ق م.

*شروط الدعوى غير المباشرة

1- إهمال المدين في استعمال حقه مما يتسبب في إعساره أو يزيد في إعساره.

يشترط حتى يتمكن الدائن من رفع الدعوى غير المباشرة أن يكون هنالك تقصير أو تقاعس من المدين في المطالبة بحقوقه أو استعمالها أو المحافظة عليها. وأن يؤدي تقصير المدين هذا إلى إعساره أو الزيادة في إعساره، أي تصبح ديونه أكثر من حقوقه. أما إذا كان المدين موسراً فليس من حق الدائن التدخل في شؤونه.

ويقع عبء إثبات إعسار المدين على عاتق الدائن. ويكفي أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون حتى تقبل دعواه، وعلى المدين إذا أراد أن يمنع رفع الدعوى غير المباشرة أن يثبت أن أمواله تكفي لسداد ديونه. وفي ذلك تيسير على الدائن.

2- أن يكون الحق المطالب به قابلاً للحجز وغير خاص بشخص المدين، ومن أمثلة الحقوق التي لا يجوز رفع دعوى غير مباشرة بشأنها: النفقة، فهي حق غير قابل للحجز، وحق المؤلف في نشر مؤلف أو إعادة نشره، فهو حق يتصل بشخص المدين.

3- وجود مصلحة مشروعة للدائن وأن يطلب إدخال المدين في الخصام

يشترط أن يكون للدائن تجاه المدين حق ثابت ومحقق خال من النزاع، وبالتالي ثبوت صفة الدائنية في الدائن. ويجب على الدائن أن يقوم بإدخال المدين خصماً في الدعوى التي يرفعها نيابة عنه وفق الإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا شرط شكلي لقبول الدعوى.

*آثار الدعوى غير المباشرة

-بالنسبة للمدين: يدخل الحق الذي يستوفيه الدائن من مدين مدينه في ذمة المدين، فالدائن ليس سوى نائب له، وبالتالي يجوز للمدين أن يتصرف في الحق محل المطالبة ببيعه أو بمقايضته أو بأي نوع من التصرفات القانونية. وليس للدائن إذا ما تصرف المدين في أمواله على هذا النحو إلا أن يطعن في تصرفه بالدعوى البولصية إذا ما توافرت شروطها.

- بالنسبة للدائن وغيره من الدائنين: لا تدخل حصيلة الدعوى في ذمة الدائن رافع الدعوى غير المباشرة، إذ أنه مجرد نائب عن المدين، وإنما تدخل في ذمة المدين، وبالتالي في الضمان العام لجميع الدائنين. فرافع الدعوى لا يكون له أية أفضلية على غيره من الدائنين.

-بالنسبة للخصم(مدين المدين): للخصم الحق في أن يدفع في مواجهة الدائن بكل الدفع التي يحق له أن يدفع بها في مواجهة المدين. فيستطيع الخصم مثالا الدفع بالتقادم والمقاصة وبطلان التصرف.

ونخلص مما سبق إلى أن الدعوى غير المباشرة تعتبر وسيلة قاصرة نسبيا عن ضمان حقوق الدائنين، خاصة بمقارنتها بالدعوى المباشرة كما سبقت الإشارة، ذلك أن الدائن بعد أن ينفق جهدا ووقتا ومالا في رفع هذه الدعوى تكون المحصلة أن يستفيد جميع الدائنين من ثمارها دون أن تكون له أي أفضلية. من جهة أخرى فإن هذه الدعوى لا تمنع المدين من التصرف في هذا الحق بأي طريقة شاء.

ثانيا: دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)²

المواد من 191 إلى 197 ق م

*تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف

هي دعوى يرفعها الدائن بشأن تصرفات المدين التي يبرمها بسوء نية للإضرار بالدائنين والتي تسبب إعساره أو الزيادة في إعساره. وهي لا تهدف إلى إبطال هذه التصرفات وإنما إلى عدم الاحتجاج بالتصرف الصادر من المدين في مواجهة الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم.

فقد يقوم المدين بتصرفات تلحق ضررا بدائنيه كأن يبيع أمواله ويخفي ثمنها، أو يحابي أقربائه وأصدقائه فيبيعهم أمواله بثمن بخس أو يهبهم إياه، فهذه الدعوى تهدف إلى حماية الدائنين من غش المدين المعسر عن طريق المطالبة بعدم سريان أثر تصرفاته في مواجهتهم .

²سميت نسبة إلى القاضي الروماني " بولص". الذي ابتدعها.

مثال: كقيام المدين المعسر بالتبرع بعقار له، أو بيع سيارته بأقل من قيمتها أو شراء شيء بثمن أكثر من قيمته الحقيقية، وكل هذه التصرفات المفقرة التي يقوم بها مدين معسر أو على وشك الإعسار إنما تدل على سوء نيته ورغبته في الإضرار بدائنيه عن طريق الإنقاص من الضمان العام.

*شروط دعوى عدم نفاذ التصرف

أ-شروط تتعلق بحق الدائن:

- 1- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وخال من أي نزاع، أما إذا كان معلّقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد أو مضاف لأجل لم يحن بعد، فلا يحق له رفع الدعوى.
- 2 - أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف القانوني المطعون فيه. أما إذا كان حق الدائن نشأ بعد إبرام المدين للتصرف سواء تبرعاً أو معاوضة فلا يحق للدائن أن يطعن فيه.

ب-شروط تتعلق بالمدين

- 1- **الإعسار:** يشترط لرفع الدعوى الوليضية أن يؤدي تصرف المدين إلى إعساره أو أن يزيد في إعساره، وبالتالي عدم كفاية أمواله لسداد ما عليه من ديون، كما يشترط أن يظل الإعسار قائماً حتى وقت رفع الدعوى.
- وقد يَسّر المشرع للدائن إثبات إعسار مدينه، حيث يكفي أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون حتى تقبل دعواه، وعلى المدين إذا أراد أن يمنع رفع الدعوى أن يثبت أن أمواله تكفي لسداد ديونه.
- 2- **إثبات غش المدين (نية الإضرار) + وتواطؤ المتصرف إليه + في عقود المعاوضة:**

إذا كان التصرف معاوضة كالبيع، يشترط لقبول دعوى البوليضية أن يثبت الدائن غش المدين + تواطؤ المتصرف إليه. أما إذا كان التصرف تبرعاً فلا داعي لإثبات لا الغش في جانب المدين ولا التواطؤ في جانب المتصرف إليه.

والغش هو أن يقصد المدين، بالتصرف الذي يبرمه مع الغير، الإضرار بالدائن. ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر، على أن هذه القرينة غير قاطعة، حيث يجوز للمدين أن يثبت أنه على الرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يكن يقصد الإضرار بالدائن، ويثبت أن الباعث من تصرفه كان أمراً آخر، كحصوله على ما يقوم بحاجات معيشته أو صيانة زراعته أو صناعته. فإذا أثبت ذلك امتنع على الدائن رفع الدعوى البوليضية.

ويقصد بالتواطؤ أن يكون من صدر له التصرف (أي المتصرف إليه كالمشتري أو الموهوب له) على علم بأن المدين تصرف تصرفا مفقرا وهو في حالة إعسار. أما إذا كان المتصرف له حسن النية ولم يعلم بأن المدين كان معسرا وجبت حمايته حفاظا على استقرار المعاملات وبالتالي لا تقبل الدعوى البوليصة إذا كان المتصرف له حسن النية.

أما إذا كان التصرف تبرعا، كالهبة، فيجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة دون حاجة إثبات غش المدين وتواطؤ المتصرف إليه، حتى لو كان هذا الأخير حسن النية.

ج- شروط التصرف المطعون فيه

1- يجب أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفا قانونيا، سواء كان تصرفا من جانب واحد، أو من جانبين، معاوضة أو تبرع. وبالتالي لا يمكن الطعن في أعمال المدين المادية والتزاماته غير الإرادية، فالتزامه بالتعويض بسبب إلحاقه أضرارا بالغير لا يمكن الطعن فيه حتى لو أدى إلى إعساره.

2- أن يكون تصرف المدين مفقرا، ويكون كذلك إذا أدى إلى الانتقاص من حقوق المدين، كالتبرع أو البيع بثمن بخس، أو إلى زيادة التزاماته، كأن يشتري شيئا بأكثر من قيمته أو كالقرض بفائدة.

أما إذا كان التصرف لا ينقص من حقوق المدين أو لا يزيد في التزاماته، كعدم قبول المدين هبة، فلا يجوز للدائنين رفع الدعوى البوليصة للمطالبة بعدم نفاذ هذا التصرف، لأن قبول الهبة أو رفضها، يقوم على اعتبارات شخصية وأدبية لا يستطيع تقديرها إلّا المدين.

د- وجوب رفع الدعوى البوليصة في الميعاد القانوني

م 197 ق م تسقط الدعوى البوليصة بالتقادم بمضي ثلاث سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بمضي خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف.

* آثار الدعوى البوليصة :

- بالنسبة للدائنين: تهدف الدعوى إلى عدم الاحتجاج بالتصرف الصادر من المدين في مواجهة الدائن، فمتى تقرّر عدم نفاذ التصرف، اعتبر المال الذي تصرف فيه المدين تصرفا مفقرا كأنه لم يخرج من ذمته، فيستطيع الدائن اتخاذ كافة إجراءات التنفيذ على المال محل التصرف كما لو كان باقيا في ذمة المدين، ويستفيد من ذلك الدائن رافع الدعوى وجميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم إذا كانت حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المطعون فيه.

-بالنسبة للعلاقة بين المدين والمتصرف إليه: إذا صدر الحكم القاضي بعدم نفاذ التصرف يظل هذا التصرف صحيحاً ومنتجاً لآثاره بينهما، لأنها ليست دعوى إبطال، وإنما عدم نفاذ تصرف المطعون فيه في مواجهة الدائنين. لذلك يجوز للمتصرف إليه الرجوع على المدين بكل الدفع التي تنشأ من التصرف، فله أن يطالبه بضمان الاستحقاق أو التنفيذ بمقابل، أو بالفسخ والتعويض. فإذا حصل الدائنين على حقوقهم فإن الزيادة تكون للمتصرف إليه.

- بالنسبة للعلاقة بين المتصرف إليه والدائن يستطيع المتصرف إليه أن يتخلص من دعوى عدم نفاذ التصرف إذا وثق للدائن رافع الدعوى بما له في ذمة المدين ويرجع بعد ذلك على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، وأيضاً إذا أودع ثمن المثل لدى خزانة المحكمة. م 195 ق م.

دعوى الصورية م 198، 199 ق م:

الصورية هي وضع ظاهر غير حقيقي يستتر موقفاً خفياً حقيقياً يقوم على اتفاق مستتر قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه، فإن كان ذلك الوضع عقداً يخفي العلاقة التعاقدية بين طرفيه كان العقد الظاهر هو العقد الصوري وكان العقد الخفي هو العقد الحقيقي ويسمى أيضاً بورقة الضد.

ويمكن القول أن **الصورية هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب.**

مثال: هبة في صورة بيع، فعقد البيع هو العقد الصوري أما الهبة فهي العقد الحقيقي.

لماذا يلجأ المتعاقدان إلى الصورية؟

قد يلجأ الشخص إلى الصورية كلما أراد إخفاء حقيقة وضع ما، فقد يلجأ إليها المدين لإبعاد أمواله عن أيدي دائنيه، فيتصرف في أملاكه عن طريق بيع صوري لكي لا يتخلى عن ملكية المبيع، ويحتفظ لنفسه في مواجهة المشتري الظاهر بورقة الضد لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة.

وقد لا يقصد المدين الإضرار بدائنيه وإنما يهدف من ورائها إلى أغراض أخرى كإثارة شخص ما ببعض أمواله أو التهرب من دفع الضريبة أو التحايل على القانون في أوضاع أخرى .

وتكمن أهمية دعوى الصورية بشكل أساسي في المحافظة على الضمان العام للدائنين بالإضافة إلى غايات أخرى تخرج عن نطاق دراستنا.

والصوربة نوعان هما : **الصوربة المطلقة و الصوربة النسبية**، فالأولى هي الصوربة التي تحو أثر الوضع الظاهر، كإبراء من دين يتفق الطرفان على عدم وقوعه، وكعقد يقضي الاتفاق المستتر بعدم وجوده، فهي تتناول التصرف الظاهر في وجوده ولا يتضمن الاتفاق المستتر تصرفا يخفيه التصرف الظاهر، وإنما يقتصر على تقرير أن التصرف الظاهر صوري لا وجود له.

أما الصوربة النسبية فهي الصوربة التي تخفي حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين من دون أن تنكر وجودها، فهي تخفي جانباً من جوانب العلاقة الحقيقية القائمة بين الطرفين، وتختلف تسميتها باختلافه، وتكون على ثلاث صور :

أولها الصوربة بطريقة التستر وهي الصوربة التي يكون الهدف منها إخفاء طبيعة التصرف، كوصية في صورة بيع تقع كي لا يقع نفاذها فيما جاوز الثلث من التركة على إجازة الورثة.

والصورة الثانية هي الصوربة بطريقة الضد وهي الصوربة التي تتناول ركناً في العقد أو شرطاً فيه، كأن يذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي أو أكثر منه تخفيفاً من رسوم التسجيل في الحالة الأولى ومنعاً من أخذ البيع بالشفعة في الحالة الثانية.

أما الصورة الثالثة هي الصوربة بطريق التسخير أو التوسط وهي الصوربة التي تتناول شخص أحد المتعاقدين ويتم التصرف بها لحساب شخص آخر غير ممكن ذكره في العقد تحايلاً على حكم القانون عند وجود مانع قانوني يحول دون إتمام الصفقة لشخص معين، كشراء الحقوق المتنازع فيها بالنسبة للقضاة م 402 ق م.

*شروط دعوى الصوربة:

- يجب أن يوجد اتفاق مستتر تتجه فيه إرادتان إلى اتخاذ موقف حقيقي يخفيه الوضع الظاهر.
- كما يجب أن يكون الموقف الحقيقي مغايراً للوضع الظاهر في جميع نواحيه أو في بعضها، فقد يمحو كل أثر له وقد يتناوله بالتعديل تبعاً لاختلاف أنواع الصوربة.
- وأخيراً يجب أن تتحقق المعاصرة الذهنية بين الوضع الظاهر وبين الاتفاق المستتر وأن يختلف تاريخهما. ويقصد بالمعاصرة الذهنية : هي اتجاه الإرادة إلى اتخاذ الموقف الحقيقي الخفي وإلى ستره بوضع ظاهر في آن واحد
- أما إذا لم تتحقق هذه المعاصرة وصف بأنه اتفاق جدي تعدلت أحكامه باتفاق لاحق، ولقاضي الموضوع، بما له من سلطة في تفسير العقود وتقدير الوقائع، أن يقرر تحقق المعاصرة الذهنية بالرغم من تفاوت التاريخ.

*أحكام الصورية:

حسب نص المادة 199 ق م فإن العبرة بين المتعاقدين وخلفهما العام بالعقد الحقيقي المستتر لأنه هو الذي يتمشى مع الإرادة الحقيقة لطرفي التصرف. وبالتالي فلا يعتد بالعقد الظاهر.

وعلى من يدعي الصورية إثبات ادعائه. والقاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، وبالتالي إذا كان العقد الصوري الظاهر مكتوبا فيجب إثبات العقد المستتر بالكتابة (ورقة الضد) ولا تقبل الشهادة والقرائن إلا في حالات استثنائية كحالة وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الكتابة، وكحالة فقد الورقة بسبب أجنبي... .

وللغير حسن النية التمسك بالعقد الصوري أي الظاهر م 198 ق م، ويقصد بالغير هنا الدائنون العاديون للمتعاقدين والخلف الخاص بهم. وحسن النية يقصد به أن هذا الغير يجهل التصرف الحقيقي المستتر أي أنه يجهل بصورية العقد. وللغير حسن النية إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، إذ أنه لم يكن طرفا في التصرف حتى يستطيع أن يحصل ما يثبت صورية التصرف بالكتابة.

وقد تتعارض مصالح دائني المتعاقدين، بحيث يكون من مصلحة أحدهما التمسك بالعقد الحقيقي ومن مصلحة الآخر التمسك بالعقد الصوري. وبالرغم من أنه لا يوجد حكم بذلك في التشريع الجزائري إلا أن غالبية الفقه ترى بأن الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري.

مثال: "أ" أبرم مع "ب" عقد بيع منزل صوري بثمن أقل من قيمته الحقيقية. فمن مصلحة دائن البائع "أ" أن يتمسك بالعقد الحقيقي ودائن المشتري من مصلحته التمسك بالعقد الظاهر، فإذا تعارضت المصالح وتمسك أحدهم بالعقد الحقيقي والآخر تمسك بالعقد الظاهر كانت الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر ضمنا لاستقرار المعاملات.